

Afdeling 2

HUWELIJKSCONTRACT VOOR HANDELAARS

Alain-Laurent VERBEKE¹

406. Probleemstelling – Welk huwelijkscontract lijkt het meest geschikt voor handelaars? Welke elementen moeten aan bod komen opdat een handelaar een verantwoorde keuze kan maken voor een aangepast huwelijkscontract? In deze bijdrage probeer ik een aantal suggesties te formuleren om deze vragen aan te pakken.² Ten eerste moet het algemene kader van de huwelijksvermogensstelsels worden bekeken (§ 1). In een tweede beweging passen we dit toe op de handelaar. We bekijken welke bijzondere wensen de handelaar wellicht zou hebben in verband met zijn huwelijksvermogen (§ 2). Tenslotte zien we hoe deze wensen met een aangepast huwelijkscontract kunnen worden gerealiseerd (§ 3).

§ 1. Algemeen kader der huwelijksvermogensstelsels

407. Wettelijk stelsel – secundair stelsel – primair stelsel – Wie huwt en niets regelt, valt automatisch onder het wettelijk stelsel van gemeenschap van aanwinsten. Om redenen die verder aan bod komen, is dit voor handelaars wellicht geen optimale regeling. Zij zullen dus op voorhand een huwelijkscontract moeten maken (zgn. secundair stelsel). Uiteraard is het altijd mogelijk om tijdens het huwelijk het stelsel of contract te wijzigen, maar daarvoor is wel de toestemming van beide partijen nodig. Gelukkig niet meer de rechterlijke homologatie.³ Soms zijn er ook nog wel zware formaliteiten na te leven zoals een boedelbeschrijving (art. 1394, § 2 BW).

1. Gewoon Hoogleraar K.U.Leuven & Tilburg, Visiting Professor of Law Harvard en UCP Lissabon, Advocaat Greenille.

2. Deze bijdrage is in ruime mate gebaseerd op A. VERBEKE, *Huwelijkscontract*. De sky is bijna the limit? in *Liber alumnorum KULAK. Liber amicorum G. Macours*, Brugge, die Keure, 2005, 169-194.

3. Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van de wetgeving wat betreft de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel zonder tussenkomst van de rechtbank en tot wijziging van artikel 9 van de wet van 16 maart 1803 tot regeling van het notarisambt, *BS* 14 augustus 2008. Zie daarover: A. SIBIER, Conventionele wijzigingen aan het huwelijksvermogensstelsel voortaan zonder tussenkomst van de rechtbank!, *Not.Fisc.M.* 2008, 267-283; W. PINTENS, Wijziging van het huwelijksvermogensstelsel. Een commentaar op de wet van 18 juli 2008, *RW* 2008-09, 946-954; P. DE PAGE en M. VAN MOLLE, La procédure de mutation du régime matrimonial et les droits des tiers créanciers après la loi du 18 juillet 2008, *JT* 2009, 186-194; H. CASIER, 'Een frisse wind doorheen het huwelijksvermogensrecht: exit homologatieprocedure', *TEP* 2009, 164-178; C. DE BUSCHERE, 'Het gewijzigde artikel 1396 BW en de notarissen', *Not.Fisc.M.* 2009, 195-228 en S. DEVOS, 'De vereisten voor de wijziging van huwelijksvermogensstelsels - boedelbeschrijving - bekendmaking - toepassingen en gevolgen', *T.Not.* 2010, 2-30.

Daarnaast zijn er een aantal dwingende regels die gelden ongeacht het wettelijk of secundaire stelsel. Dit zijn bijzondere beperkingen die noodzakelijk gerelateerd zijn aan de huwelijkse staat. We noemen dit het primair stelsel; rechten en plichten van echtgenoten, die gelden voor alle huwelijken.⁴ Te denken valt aan artikel 215 BW ter bescherming van de gezinswoning, artikel 221 BW inzake de bijdragen in de lasten van het huwelijk, artikel 222 BW inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor huishoudelijke schulden en artikel 224 BW tot nietigverklaring van schenkingen en persoonlijke zekerheidsstellingen die de belangen van het gezin in gevaar brengen.

408. Wettelijk stelsel van gemeenschap van aanwinsten – Het Belgische wettelijk stelsel biedt een faire balans tussen de solidariteit die een huwelijk meebrengt en de autonomie van echtgenoten. Alles wat tijdens het huwelijk is opgebouwd met arbeids- of vervangingsinkomen⁵, valt in de gemeenschap en moet, ook bij echtscheiding, gelijk worden verdeeld.⁶ Dit is het huwelijkse arbeidsvermogen. Het staat tegenover het voorhuwelijks vermogen, wat men al had voor men trouwde, en vooral tegenover het familievermogen, wat men voor of tijdens het huwelijk verkrijgt uit schenking, erfenis of testament. Deze blijven privé- of eigen vermogen.⁷

Dit is het systeem dat rechtsvergelijkend toonaangevend is, ofwel via een gemeenschap van de aanwinsten, ofwel via een verrekeningsvordering van de aanwinsten op het moment van echtscheiding of overlijden.⁸ Het is zonder twijfel ook de benadering die het best aansluit bij de moderne opvatting van het huwelijk als een *joint venture* of een *partnership* tussen twee gelijkwaardige partners die een engagement aangaan om hun leven samen vorm te geven. *De facto* hebben de meeste koppels ook niet meer dan aanwinsten in hun vermogen. Erfenissen en schenkingen van substantiële bedragen zijn een elitaire

4. Zie bv. toegepast op beroepscontext: H. CASMAN, 'Het recht op beroepsuitoefening en op arbeidsbeloning familiaalrechtelijk bekeken. Bedenkingen bij een onaangepaste wetgeving' in G. VAN LIMBERGEN & K. SALOMEZ (eds.), *Liber Amicorum Professor Maxime Stroobant. Sociale grondrechten als bakens voor een vernieuwd sociaal recht*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 193-206.

5. De inkomsten daaruit, de goederen daarmee aangekocht, de besparingen daarop en de beleggingen daarmee gedaan.

6. Zie voor concrete richtlijnen om een billijk wettelijk stelsel te maken: A. VERBEKE, 'Krachtlijnen voor een wettelijk huwelijksvermogensstelsel' in K. BOELE-WOELKI (ed.), *Algehele gemeenschap van goederen: afschaffen?*, *Serie Ars Notariatus CVII*, Deventer, Kluwer, 2001, p. 33-62.

7. DEKKERS/CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2010, 56-75; W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH & K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 153-181.

8. A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen, Maklu, 1991, 1994 ongewijzigde herdruk. Dit boek kan U vrij consulteren of gratis downloaden via <http://www.ssrn.com/author=1126172>.

kwestie voor de *Happy Few*.⁹ Aldus komt de overgrote meerderheid van de gemeenschappen van aanwinsten in de feiten neer op een gemeenschap van het totale vermogen der echtgenoten.

Hoewel er geen concrete cijfers beschikbaar zijn, schat men dat ongeveer drie kwart van de Belgische gehuwden onder het wettelijk stelsel van de gemeenschap van aanwinsten valt. Tenzij de echtgenoten er zelf uitdrukkelijk voor kiezen, via huwelijkscontract, om nog meer te delen dan de huwelijkse aanwinsten¹⁰, moeten gelijkheid en gelijke verdeling m.i. worden beperkt tot die goederen die echt iets met het huwelijk te maken hebben, en waar beide echtgenoten samen direct of indirect een bijdrage aan hebben geleverd: de aanwinsten dus. Als één van de echtgenoten zich dan nog in een toestand van behoefte zou bevinden, dan moet de alimentatieregeling soelaas bieden.

409. Huwelijkscontract – Een huwelijkscontract impliceert de creatie van een huwelijksvermogensstelsel dat de vermogensverhoudingen tussen echtgenoten zal beheersen. Er zijn in het Belgische recht twee basisstelsels mogelijk: een stelsel van gemeenschap van goederen en een stelsel van scheiding van goederen.¹¹ Van een stelsel van gemeenschap van goederen is sprake zodra de inkomsten uit beroepsactiviteit volgens de regels van het huwelijkscontract automatisch en van rechtswege in het gemeenschappelijk vermogen vallen.¹² Zodra een huwelijkscontract voorligt waardoor de inkomsten uit beroep niet onmiddellijk en van rechtswege gemeenschappelijk zijn, bevinden wij ons in een stelsel van scheiding van goederen.

Het onderscheid tussen beide stelsels is essentieel omdat de keuze voor een stelsel van gemeenschap van goederen, onder welke contractuele vorm ook, noodzakelijkerwijze de toepassing met zich meebrengt van een aantal bijkomende dwingende regels die opgelegd zijn voor eender welk stelsel van gemeenschap van goederen. Dit is het gevolg van de 'sluis'-werking van artikel 1451 BW. Zodra een huwelijkscontract als een stelsel van gemeenschap moet worden gekwalificeerd, wordt dit contract binnengesluisd in de wereld van de gemeenschapsregimes, met de bepalingen van het wettelijke stelsel als aanvullend recht

9. A. VERBEKE, *De legitieme ontbloot of dood. Leve de echtgenoot*, eerste druk, TPR 2000, 1111-1236; tweede druk *Serie Ars Notarius CXIII*, Deventer, Kluwer, 2002, p. 49-50, nr. 83 en de verwijzingen in voetnoten 46 en 47.

10. Dit gebeurt vaak voor het geval van ontbinding van het huwelijksstelsel door overlijden, maar zelden bij echtscheiding.

11. DEKKERS/CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2010, 51-228.

12. Zie daarover A. VERBEKE, 'Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een warme uitsluiting' in KFBN (ed.), *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 122-125.

voor aspecten die niet zouden geregeld zijn, en met een aantal bepalingen van dwingende aard, namelijk de bestuursregels en de verhaalsrechten van schuldeisers (art. 1409-1426 BW). Deze dwingende regels gelden enkel voor contracten van gemeenschap van goederen, niet voor contracten van scheiding van goederen, waar de contractsvrijheid groter is.

410. Huwelijkscontract van gemeenschap van goederen – Toch blijkt ook bij een contract van gemeenschap, binnen de genoemde marges, de vrijheid om een aangepaste regeling uit te werken vrij groot. Wijzigingen aan het wettelijk stelsel doen zich voor op een dubbel vlak, met name terzake van de samenstelling van de gemeenschap of de verdeling van de gemeenschap.

Het gemeenschappelijk vermogen kan in beperkte mate worden verminderd (bv. inkomsten van eigen goederen als eigen kwalificeren), of in verregaande mate worden uitgebreid, door inbreng van een welbepaald goed gaande tot een volledige wederkerige en algemene inbreng van alle tegenwoordige of toekomstige goederen, hetgeen neerkomt op het stelsel van de algehele gemeenschap van goederen (zie art. 1452-1456 BW).¹³

Afwijkingen van de gelijke verdeling kunnen worden bedongen ten gunste van de langstlevende der echtgenoten, via een beding van vooruitmaking (art. 1457-1460 BW), ongelijke verdeling of verblijvingsbeding (art. 1461-1464 BW).¹⁴ In tegenstelling tot een voorafnamebeding, waarbij een echtgenoot een bepaald goed bij voorrang kan kiezen mits aanrekening op zijn aandeel van de helft, vormt de vooruitmaking een daadwerkelijke uitzondering op de gelijke verdeling omdat de echtgenoot die het vooruitgemaakte goed verkrijgt dit niet moet aanrekenen op zijn aandeel en derhalve daarbovenop ook nog eens de helft van het saldo van de gemeenschap ontvangt.

Het verblijvingsbeding vormt de extreme variant van de ongelijke verdeling, met name dat de langstlevende alles krijgt. Hierbij is het van belang te bepalen in welke mate dergelijk beding civielrechtelijk een huwelijksvoordeel onder bezwa-

13. W. PINTENS, C. DECLERCK, J. DU MONGH & K. VANWINCKELEN, *Familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 334-341.

14. H. CASMAN, 'Enkele suggesties voor het opstellen van huwelijkscontracten met keuze voor een gemeenschapsstelsel' in KFBN (ed.), *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 35-79. Men neemt terecht aan dat een en ander ook kan worden bedongen voor het geval van echtscheiding. Zo kan een echtgenoot een goed inbrengen in de gemeenschap met als bijzondere verdelingsmodaliteit dat hij in geval van echtscheiding dit goed kan terugnemen zonder vergoeding en zonder aanrekening op zijn kavel, hetgeen neerkomt op een vooruitmaking van het ingebrachte goed.

rende titel is, dat niet door reservataire erfgenamen kan worden aangetast.¹⁵ Het verblijvingsbeding heeft een groot fiscaal nadeel, ingevolge de toepassing van artikel 5 W.Succ. Dit fiscale nadeel kan in zekere mate worden ondervangen door de techniek van het keuze- of verblijvingsbeding onder last (Casman-clausule). Dit komt hierop neer dat de langstlevende alle goederen uit de gemeenschap krijgt die hij of zij wenst, onder de last van een vordering schuldig te blijven aan de nalatenschap, dewelke echter pas opeisbaar is bij zijn of haar overlijden. Doordat in de nalatenschap een vordering valt, worden de nadelige gevolgen van artikel 5 W.Succ. sterk gemitigeerd. Fiscaal wordt de gunstiger situatie van de intestaatsvererving in blote eigendom en vruchtgebruik benaderd.¹⁶

Rond deze basismodellen kunnen tal van varianten worden bedacht. Deze materie is een gedroomd terrein voor creatieve oplossingen en clausules. In de praktijk wordt handig gebruik gemaakt van keuzebedingen die aan de langstlevende (en haar adviseurs) na het overlijden van de partner de mogelijkheid bieden om een round-up te maken van de situatie en een keuze te maken die het best aansluit bij de concrete wensen en omstandigheden.

411. Huwelijkscontract van scheiding van goederen – Het huwelijkscontract van scheiding van goederen heeft tot gevolg dat er in theorie slechts twee eigen vermogens bestaan, die door elke echtgenoot alleen worden bestuurd (art. 1466 BW).¹⁷ De beperkingen zijn minimaal, zoals vermeld in artikelen 1387-1389 BW. De contractuele vrijheid is dan ook groot. De Belgische zuivere scheiding van goederen behoort tot de meest ijskoude uitsluitingen ter wereld. De contracten van zuivere scheiding van goederen, zonder correcties, leiden in de praktijk, bij echtscheiding, vaak tot onbillijke gevolgen voor de echtgenoot die niet of veel minder aan vermogensopbouw heeft gedaan.¹⁸ Dat is vaak de vrouw die niet of veel minder beroepsactief was op de arbeidsmarkt, of die in veel mindere mate een succesvolle carrière nastreefde.

Dit belet uiteraard niet dat de echtgenoten tijdens de rit samen goederen

15. R. BARBAIX, N. GEELHAND & A. VERBEKE, *Huwelijksvoordelen. Handboek estate planning, bijzonder deel 4*, Gent, Larcier, 2010.

16. Voor een berekening met concreet voorbeeld, zie A. NIJS, A. VAN ZANTBEEK & A. VERBEKE, *Vermogensplanning. Praktisch en eenvoudig*, Antwerpen, Intersentia, Roularta, Trends Business Books, 2004, tweede herziene en uitgebreide uitgave, 27-35.

17. A. VERBEKE, 'La séparation de biens pur et simple' in Y.H. LELEU & L. RAUCENT (eds.), *Répertoire Notarial, Régimes Matrimoniaux, Tome IV, Les régimes conventionnels. Le droit transitoire*, Brussels, Larcier, 2002, p. 25-59.

18. DEKKERS/CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2010, 221.

kunnen verwerven, die zij dan in een gemeenrechtelijke onverdeeldheid houden, onder toepassing van het gemene recht van artikel 577-2 e.v. BW. Maar hiermee zijn echtgenoten afhankelijk van elkaars goede wil om iets te regelen.

Belangrijker is het evenwel om in structurele correcties te voorzien. Dit zijn clausules die in het stelsel van de scheiding van goederen geïntegreerd zijn en van de koude uitsluiting een warme uitsluiting maken door in de verhouding tussen echtgenoten een correctie aan te brengen. Externe en interne correcties op de scheiding van goederen, via toevoeging van bijvoorbeeld een intern gemeenschappelijk vermogen (TIGV) of van een verrekenbeding¹⁹, worden terecht steeds vaker toegepast.²⁰ Ook de rechtspraak komt sporadisch ter hulp.²¹

412. Te grote contractsvrijheid? – Beschouwingen de lege ferenda – Sinds een tiental jaren pleit ik voor een beperking van de contractsvrijheid, in die zin dat elk huwelijkscontract zou moeten voldoen aan een minimumnorm van participatie in de relatie- of huwelijksaanwinsten.²² Daarnaast stelde ik een huwelijksvermogensrecht voor zonder externe werking.²³ Dit betekent dat dit rechtsdomein moet zorgen voor een billijke interne vermogensregeling tussen echtgenoten, maar geen externe werking mag hebben ten aanzien van derden of schuldeisers, niet in hun voordeel maar ook niet in hun nadeel. Daarvoor volstaat het gemene vermogens- en verhaalsrecht. Schuldeisers verdienen geen betere positie omdat hun debiteur is gehuwd. Het gemene recht volstaat, met bescherming van schuldeisers via de pauliaanse vordering die door de rechtspraak op een verstandige en praktische manier wordt toegepast. Dit is thans ook zo voor de wijziging van een huwelijkscontract. Daarenboven ben ik een

19. Zie daarover onder meer A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1994, tweede ongewijzigde uitgave; A. VERBEKE, 'Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een warme uitsluiting' in K.F.B.N. (ed.), *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 81-191; A. VERBEKE, *Le contrat de mariage de séparation de biens*, Antwerpen, Kluwer, 1997; A. VERBEKE, 'Séparation de biens en Séparation de biens avec clause de participation' in Y.H. LELEU en L. RAUCENT (eds.), *Répertoire Notarial, Régimes Matrimoniaux, Tome IV*, Brussel, Larcier, 2002; A. VERBEKE, 'Les clauses du contrat de mariage, divorce et décès' in *Aspects actuels de la programmation patrimoniale dans la famille*, Brussel, Bruylant, 2006, 1-20.

20. DEKKERS/CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2010, 225-227.

21. Zo onder meer in het beroemde Cassatiearrest van 22 april 1976, *Rechtskundig Weekblad* 1976-1977, 997, noot CASMAN (zie ook A. VERBEKE, *Goederenverdeling bij echtscheiding*, 348-353). Zie ook het Hof van Beroep te Luik dat de vrouw ter hulp komt via de figuur van de vergeldende schenking: Luik 14 januari 2003, *Revue du Notariat Belge* 2004, 164, noot STERCKX.

22. A. VERBEKE, *De legitieme ontbloot of dood? Leve de echtgenoot!*, geciteerd; A. VERBEKE, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', *TPR* 2001, 373-402, in het bijzonder 381-390; A. VERBEKE, 'Weg met de koude uitsluiting', *WPNR* 2001, nr. 6464.

23. A. VERBEKE, 'Naar een billijk relatievermogensrecht', *TPR* 2001, 380 en 391-395.

voorzitter van de afschaffing van het huwelijksvermogensrecht, en de vervanging door een ruimer relatievermogensrecht, van toepassing op alle mensen die samen een intieme en conjugale relatie vorm geven.²⁴

De genoemde vereiste voor een dwingende minimale participatie geldt voor alle echtgenoten ongeacht hun huwelijkscontract, minstens via een vordering, in hetgeen tijdens het huwelijk door arbeid of vervangingsinkomen is opgebouwd. De contractsvrijheid mag niet worden gerealiseerd op de kap van elementaire menselijkheid en billijkheid. Eens aan dit minimum is voldaan, moet de wilsautonomie ten volle spelen.

Een en ander geldt onverkort voor handelaars. Welke bijzondere overwegingen er hier ook kunnen spelen om de keuze voor een huwelijkscontract van scheiding van goederen te rechtvaardigen, ook hier mag niet uit het oog worden verloren dat het huwelijksvermogensstelsel ook, en misschien wel in de eerste plaats, een billijke regeling moet bieden in de interne verhouding tussen de echtgenoten.

§ 2. Wensen en risico's

413. Context – Het belang van de context bij het opmaken van een huwelijkscontract kan niet worden overschat.²⁵ Die is meestal danig verschillend bij de aanvang van een huwelijk dan wel bij een wijzigingsakte die tijdens het huwelijk wordt gemaakt. Nog anders is de context wanneer echtgenoten met het overlijden in zicht nadenken over de bescherming van de langstlevende van hen. En elk van deze contexten, bij de start, tijdens de rit, of bij de finish, verschilt compleet van geval tot geval. Zo is de context bij de start, voor een jong koppel van 28 jaar, dat voor de eerste keer trouwt, onvergelijkbaar met deze van de aanstaande echtgenoten van 60 jaar, waarbij één van hen voor de derde keer het ja-woord zal uitspreken, en beiden een rijkelijke kroost hebben.

Zo is de context ook erg verschillend als één van de partners een handelaar is. Zijn beroepsactiviteit brengt een aantal risico's met zich mee die een werknemer niet heeft. Er zijn verschillende manieren om enige bescherming te organiseren tegen die risico's. Een eerste voor de hand liggende buffer is de beroepsactiviteit te organiseren via een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Een tweede beschermingsmogelijkheid vinden we via verzekeringen tegen aller-

24. C. FORDER & A. VERBEKE, 'Geen woorden maar daden' in C. FORDER & A. VERBEKE (eds.), *Gehuwd of niet. Maakt het iets uit?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 489-649.

25. A. VERBEKE, 'Contextuele benadering in het huwelijksvermogensrecht', *NFM* 1993, 169-172.

hande beroepsrisico's. Een derde niveau van bescherming tegen de risico's van het beroep als handelaar, kan het huwelijkscontract bieden. Dit is meteen wellicht de belangrijkste bijzondere wens van de handelaar die huwt: zorg voor een huwelijkscontract dat mij en mijn echtgenote beschermt tegen de risico's van mijn handel, tegen mijn schuldeisers.

Toch is het van belang om dat schuldeisersrisico, dat voor de handelaar dominant en primordiaal is, niet alles te laten bepalen. Ook voor het maken van een huwelijkscontract voor een handelaar moet men het bredere kader in de gaten houden, en beseffen dat het contract een regeling moet bieden tegen nog andere risico's en wensen dan alleen maar de schuldeiserskwestie. Zo is er nog het risico van echtscheiding. Maar daarnaast ook het risico gepaard met de nood aan bescherming van het familiefortuin, dat één der echtgenoten van zijn ouders erfde of geschonken kreeg; of het risico van te grote claims of inmenging door reservataire erfgenamen in geval van overlijden. De hypothese van overlijden brengt ook nog het klassieke risico met zich mee van een zware fiscale pikuur aan successierechten.²⁶ Hierna zal ik mij beperken tot het schuldeisersrisico en het risico van de echtscheiding. De andere risico's worden immers niet beïnvloed door de hoedanigheid van handelaar, en zijn in dezelfde mate al dan niet van toepassing als bij niet-handelaars.

Elk van deze risico's kan zich op elk moment voordoen, zowel bij de start, tijdens de rit als aan de finish. Bepaalde van deze risico's zijn in mindere mate aanwezig op het een of het andere moment. Zo zal bij de finish, met het einde in zicht, na een huwelijk en professioneel leven van veertig jaar, het risico van echtscheiding en schuldeisers in veel mindere mate doorwegen dan bij de aanvang van het huwelijk.

Minstens even belangrijk als de objectieve kans dat een risico zich zou kunnen voordoen, is de subjectieve perceptie door het koppel of een der echtgenoten van dergelijk risico. Na veertig jaar huwelijk is het objectieve risico op een echtscheiding beduidend kleiner dan na een jaar huwelijk. Toch kan dit risico in de perceptie van echtgenoten belangrijk zijn of blijven. Daarmee is ook gezegd dat een risico-analyse bij de redactie van een huwelijkscontract of wijzigingsakte een zeer subjectieve aangelegenheid is. Ondanks de objectiviteit van een bepaald risico zal dit in de subjectieve relatieve prioriteitenschaal van echtgenoten geheel anders kunnen doorwegen. Het is de taak van een goede adviseur om de risico's op een objectieve wijze in kaart te brengen en dan samen met de cliënten hun persoonlijke prioriteitenschaal uit te tekenen. Het is op basis van

26. A. VERBEKE, *l.c.*, in *Liber alumnorum KULAK*, Brugge, die Keure, 2005, 180-190.

deze subjectieve prioriteiten, vastgesteld na rijp beraad en met kennis van zaken, niet op basis van de objectieve analyse, dat het huwelijkscontract zal vorm krijgen.

414. Schuldeisersrisico – Een zeer terechte vrees en bekommernis van een handelaar is dat de risico's van zijn beroepsactiviteit een nadelige impact zullen hebben voor het gezin en het vermogen van het gezin. Naast de bescherming via vennootschap en verzekeringen (zie hoger) is het daarom niet gek om ook een aangepast huwelijkscontract te maken.

De vraag rijst wie de schuldeisers kunnen aanspreken en vooral op welke goederen zij beslag kunnen leggen en uitwinnen? Wie kiest voor het wettelijk stelsel, of voor een huwelijkscontract van gemeenschap van goederen, moet rekening houden met de dwingende regels van schuldeisersbescherming. Beroepsschuldeisers van een echtgenoot kunnen niet enkel beslag leggen op diens eigen vermogen en inkomsten, maar ook op geheel van het gemeenschappelijk vermogen, waartoe ook het inkomen van de andere echtgenoot behoort (art. 1414, tweede lid BW).²⁷

Neem een koppel gehuwd onder een contract van gemeenschap van aanwinsten. De man is handelaar, de vrouw onderwijzeres. Beroepsschuldeisers van de man kunnen beslag leggen op het volledige salaris van mevrouw, vermits dit in de gemeenschap valt. Om het inkomen van mevrouw en haar vermogen te beschermen, hetgeen meteen ook van belang is voor de toekomst van de kinderen, kan de wijziging van het stelsel in een scheiding van goederen opportuun zijn. In een stelsel van scheiding van goederen blijft het salaris van mevrouw immers haar eigen vermogen. Beroepsschuldeisers van de man kunnen daar geen beslag op leggen, tenzij mevrouw zich mee zou hebben verbonden als schuldenaar of borg. Uiteraard kan dergelijke wijziging niet worden doorgevoerd indien er al daadwerkelijk schulden bestaan. Dat zou immers een ontoelaatbare en paulianeuze poging zijn om de schuldeisers op bedrieglijke wijze te benadelen.

415. Echtscheidingsrisico – Wellicht het belangrijkste risico blijft evenwel, voor alle gehuwden, het echtscheidingsrisico. Hoewel beide echtgenoten bij de aanvang van het huwelijk de intentie hebben om een levenslange commitment aan te gaan, loopt het in vele gevallen anders. Een echtscheiding is een reëel objectief risico waar het huwelijkscontract een antwoord moet op bieden. Zelfs

27. DEKKERS/CASMAN, *Handboek Burgerlijk Recht*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2010, 102-103; A. VERBEKE, 'Beslag en huwelijksvermogensrecht' in *Zekerheden en executierecht. Actuele problemen*, Leuven, KUL, Studiedag 19 november 1993.

bij het opmaken van een wijzigingsakte met het oog op een planning van de langstlevende echtgenoot voor het geval van overlijden van één van hen, na vijftig jaar huwelijk, dient men nog beducht te zijn voor het echtscheidingsrisico. Het echtscheidingsrisico is de voornaamste reden voor de kruistocht tegen huwelijkscontracten van zuivere scheiding van goederen zonder enige correctie (zie hoger).

Hoe de echtgenoten subjectief omgaan met dit objectieve risico is een andere kwestie. De beoordeling van het echtscheidingsrisico en de nood aan bescherming daartegen hangt in sterke mate af van het standpunt van waaruit men dit bekijkt. Vanuit het perspectief van de echtgenoot die weinig of minder vermogen heeft opgebouwd door arbeid (vaak de vrouw) bestaat het vermogensrisico van de echtscheiding erin dat zij ondanks haar inspanningen voor huishouden en kinderen met weinig of geen vermogen zal achterblijven. Dat zal het geval zijn bij een contract van zuivere scheiding van goederen. Vanuit het perspectief van de echtgenoot met meer vermogen daarentegen bestaat het vermogensrisico van de echtscheiding er net in dat – althans in diens beleving – teveel van het vermogen dat hij of zij heeft opgebouwd, met de ex zou moeten worden gedeeld. Dat zou, althans volgens die echtgenoot, het geval kunnen zijn bij een contract van gemeenschap van goederen. De perceptie van het echtscheidingsrisico en de nood aan bescherming daartegen verschilt van koppel tot koppel en binnen het koppel ook vaak tussen de echtgenoten. Men dient daarvoor beducht te zijn als adviseur.

Meteen wordt ook duidelijk hoe belangrijk het is om bij de beslissing die wordt genomen om van stelsel te veranderen omwille van het schuldeisersrisico, de andere risico's zoals echtscheiding niet uit het oog te verliezen. Mevrouw zal dan een belangenafweging moeten maken tussen de diverse risico's. Is het voor haar de moeite waard om de bescherming tegen echtscheiding die een gemeenschapssysteem haar kan bieden te laten vallen voor een grotere bescherming tegen schuldeisers dankzij de scheiding van goederen? Daarbij is het ook van belang dat de vrouw kennis krijgt van de mogelijkheid om naar de scheiding van goederen over te stappen, met schuldeisersbescherming, zonder de echtscheidingsbescherming volledig te verliezen, bijvoorbeeld via een verrekenbeding.²⁸

Dit brengt ons bij een cruciaal punt, met name de nood aan meer open communicatie en transparantie bij het onderhandelen van huwelijkscontracten.

28. A. VERBEKE, 'Scheiding van goederen met toeters en bellen' in L. WEYTS, A. VERBEKE & E. GOOVAERTS (eds.), *Actualia Familiaal Vermogensrecht, Leuvense Notariële Geschriften nr. 4*, Leuven, UPL, 2003, p. 15-19.

416. Beter onderhandelde huwelijkscontracten – Veel leed zou kunnen worden voorkomen als van in het begin een open gesprek zou worden gevoerd over de onderliggende belangen van elk der partijen en de werkelijke bedoeling van het huwelijkscontract. Elders pleitte ik reeds voor meer échte onderhandelingen van huwelijkscontracten.²⁹ Partijen worden aldus gedwongen om van bij de aanvang klare wijn te schenken en hun verantwoordelijkheid op te nemen. Vrijheid om keuzes te maken, ook voor een bepaald contract en een billijke vermogensregeling, is slechts mogelijk in een min of meer gelijke en openhartige verhouding. Zowel op het vlak van de gelijkheid als van de transparantie zijn er in de dagelijkse realiteit van koppels, gehuwd of niet, heel wat problemen.

Vooreerst is er vaak sprake van een of andere vorm van machtsverhouding tussen de partners. Alleen al door de economische ongelijkheid die in vele man-vrouw relaties aanwezig is, is het risico groot dat de ene partner zijn keuze doorzet ten koste van de andere en eventuele kinderen.³⁰

Ten tweede is er weinig echte openheid. Hoe oprecht zijn de aangevoerde motieven bij de keuze van een huwelijkscontract? Het is van belang om inzicht te verkrijgen in de intenties van echtgenoten, om te begrijpen waarom zij kiezen voor een koude uitsluiting. Of waarom samenwoners kiezen voor een samenwoning zonder contract en zonder enige vermogensregeling. Wanneer bijvoorbeeld een handelaar op het eerste zichtbare niveau valabele argumenten zoals schuldeisersbescherming aanhaalt, ter motivering van zijn keuze voor een scheiding van goederen, dan kan hij er geen bezwaar tegen hebben dat het contract zo wordt opgemaakt dat deze doelstellingen worden gerealiseerd, maar dat er in de interne verhouding tussen echtgenoten een aantal correctiemechanismen worden aangebracht derwijze dat zijn vrouw in geval van echtscheiding bijvoorbeeld een vordering zou hebben ten belopen van de helft van

29. A. VERBEKE, 'Ongelijkheid in huwelijks- en samenlevingscontracten', *Tijdschrift Conflict-hantering* 2009, nr. 8, 21-30; A. VERBEKE, 'Gender-ongelijkheid bij zuivere scheiding van goederen. Pleidooi voor een gedwongen én onderhandelde aanpak', *TEP* 2010, 98-117.

30. C. FORDER, 'Might and Right in Matrimonial Property law: a comparative study of England and the German Democratic Republic', *International Journal of Law and the Family*, 1987, p. 53-60; M.A. GLENDON, 'Power and Authority in the Family – New Legal Patterns as Reflections of Changing ideologies', *American Journal of Comparative Law*, 1975 (23/1), p. 10; E. LUPRI, 'Contemporary Authority Patterns in the West German Family', *Journal of Marriage and the Family*, 1969 (31), p. 134-144; D. KENDAL and G. LESSER, 'Marital Decision-making in American and Danish Urban Families', *Journal of Marriage and the Family*, 1972 (34), p. 134-138; J. PAHL, 'The Allocation of Money and the Structuring of Inequality within Marriage', *Sociological Review*, 1983 (31/2), p. 237-262. Zie ook M. DE HOON, *Power Imbalances in Contracts*, Tilburg University Legal Studies, Working Paper 006/2007.

de opgebouwde aanwinsten. Indien de man dergelijke correctie zou weigeren, dan zou blijken dat de door hem aangehaalde redenen om te kiezen voor de scheiding van goederen (schuldeisersrisico) misschien niet waarachtig zijn.

Het zouden wel eens nepredenen kunnen zijn, die de echte motieven voor de scheiding van goederen verhullen, met name de bescherming van de man en vooral het door hem opgebouwde vermogen tegen een echtscheiding. Een onderzoekshypothese is dat het contract van scheiding van goederen door mannen vaak wordt gebruikt als een soort van divorce protection. Wanneer de vrouw dan helemaal niet wordt geïnformeerd over deze ware reden en zich ook helemaal niet bewust is van de mogelijke consequenties bij echtscheiding, hoe kan iemand dan nog beweren dat zij bij echtscheiding tien of twintig jaar later kan worden gehouden aan de gevolgen van haar zogenaamde vrije en bewuste keuze?

Een oplossingspiste bestaat er daarom in dat bij de aanvang van de relatie door beide partijen op een open manier wordt gecommuniceerd over hun wensen en bekommernissen, ook op vermogensrechtelijk vlak. Als een koppel alvorens te beslissen om te trouwen of samen te wonen, een huwelijks- of samenlevingscontract aan te gaan of niet, de dialoog zou aangaan over hun wederzijdse belangen en angsten, dan zouden tal van aspecten die vandaag onder de oppervlakte blijven, open en bloot op tafel komen te liggen. Hierbij kan een bemiddelaar als facilitator van onderhandelingen³¹, de partijen tonen en leren hoe zij met elkaar kunnen communiceren en onderhandelen op een probleem-oplossende wijze. Via *empathetic listening*, met echte empathie voor de belangen van de ander enerzijds, en met assertiviteit voor de eigen belangen anderzijds.³²

Een onderzoekshypothese is dat wanneer koppels deze belangrijke beslissingen op een probleem-oplossende wijze zouden onderhandelen, al dan niet met hulp van een mediator, de situatie dan twee kanten zou uitkunnen.

Ofwel blijken zij te kunnen omgaan met allerlei onderliggende belangen die anders taboe waren gebleven. Zij maken dan een billijk en evenwichtig contract. Dat kan perfect een contract van scheiding van goederen zijn, maar dan wel één met correctiemechanismen die de huwelijkse solidariteit vorm geven.

31. A. VERBEKE, 'Mediation, faciliteren van onderhandelingen' in *Reflectie op mediation*, Antwerpen, Maklu, 2009, p. 27-46.

32. R. H. MNOOKIN, S. PEPPET & A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning*, Belknap Harvard, 2000.

Een warme uitsluiting dus.³³ Dit kunnen externe mechanismen zijn (bv. een toegevoegd intern gemeenschappelijk vermogen) of interne mechanismen zoals een verrekenbeding. Dat contract biedt dan een goed handvat voor een faire vermogensafwikkeling bij een latere verbreking van de relatie.

Ofwel kunnen zij niet omgaan met de tegengestelde belangen die op tafel komen te liggen, bij de aanvang van de relatie. Het is goed mogelijk dat de boel op dat moment ontploft. Daar stopt het dan. Is dat niet beter dan jaren later de dupe te zijn?

Idealiter zouden koppels in huwelijkscontracten en samenlevingscontracten ook clausules voor betere communicatie en 'dispute resolution' moeten opnemen. Deze kunnen een soort van *private governance* creëren voor de relatie. Telkens bepaalde conflicten rijzen, en een van de partners het gevoel heeft er niet uit te geraken, door ongelijkheid, machtselementen, gebrek aan transparantie, kan de tussenkomst van een facilitator voor communicatie of een mediator, de partners helpen om in een constructieve dialoog tot een oplossing te komen. Welke die oplossing ook weze: een betere aanpak voor de toekomst of stopzetten van de relatie.

§ 3. *Huwelijkscontract van scheiding van goederen met verrekenbeding der aanwinsten*

Om aan de terechte bekommernissen en wensen van de handelaar omtrent het schuldeisersrisico te voldoen, lijkt het duidelijk dat er best wordt gekozen voor een huwelijkscontract van scheiding van goederen. Maar dit betekent niet dat een zuivere scheiding van goederen nodig is. Contracten van scheiding van goederen met correctiemechanismen bieden dezelfde voordelen, zonder de nadelen tussen de echtgenoten onderling.

De beste optie voor de handelaar lijkt de scheiding van goederen met verrekenbeding voor de aanwinsten in geval van echtscheiding. Zoals in elke scheiding van goederen blijft elk van de echtgenoten eigenaar van de goederen volgens de gewone zakenrechtelijke principes. De correctie werkt louter intern, via een verbintenisrechtelijke vordering tussen de echtgenoten.

33. A. VERBEKE, 'Het huwelijkscontract van scheiding van goederen. Pleidooi voor een warme uitsluiting' in *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, p. 81-191.

417. Verrekenmassa – De *verrekenmassa* kan uitgebreid of beperkt zijn. In het in Nederland klassieke alsof-beding wordt verrekend alsof men gehuwd is onder de algehele gemeenschap van goederen. De basis voor de verrekeningsvordering is dan het totale vermogen dat in een algehele gemeenschap zou worden aangemerkt als gemeenschappelijk. De basis kan beperkter zijn, bv. enkel de aanwinsten, zoals wij hier voorstellen. In zo een geval is het zaak om concreet en precies te omschrijven wat met aanwinsten wordt bedoeld.

De categorie van aanwinsten kan zelf gradueel ruimer of beperkter zijn. Zo kan men de inkomsten uit beroepsactiviteit die de grondslag vormen voor aanwinsten zeer strikt definiëren (bv. enkel salaris) of ruimer (bv. ook tantièmes). Aanwinsten zijn dan bv. alle goederen die elk der echtgenoten tijdens het huwelijk onder bezwarende titel verkrijgt, de besparingen verwezenlijkt op inkomsten uit beroepsactiviteit in de strikte zin van het woord, evenals de onuitgegeven inkomsten uit beroepsactiviteit, behoudens alle goederen en inkomsten zoals verder in het huwelijkscontract uitgesloten.

Deze uitsluiting betreft dan bv. alle goederen die de echtgenoten in eigendom hebben bij de aanvang van het huwelijk, met inbegrip van de inkomsten van deze goederen, evenals alle goederen die de echtgenoten tijdens het huwelijk verkrijgen bij wijze van schenking, erfenis of testament, met inbegrip evenzeer van de inkomsten van al deze goederen, evenals alle goederen verkregen bij wijze van zaakvervanging, belegging of wederbelegging van deze goederen. Omtrent de zaakvervanging kunnen dan weer naar believen regels worden geformuleerd. Tevens wordt best een regeling opgenomen inzake de waardering der aanwinsten.

418. Verrekensleutel – In een verrekenbeding van aanwinsten duidt de *verrekensleutel* aan hoe groot de vordering van elke echtgenoot is ten aanzien van de aanwinsten van de andere echtgenoot. De verrekensleutel voor de helft komt er, via compensatie, op neer dat deze wordt toegepast op het verschil der aanwinsten. Dit komt ook overeen met een verrekening voor de helft van de totale verrekenmassa. Dit laatste geldt echter enkel voor de gelijke verrekensleutel.

Indien een andere verrekensleutel wordt gebruikt, is het derhalve nodig om precies aan te duiden waarop die sleutel moet worden toegepast: op de aanwinsten van de andere, op het verschil der aanwinsten of op de totale verrekenmassa? Ter illustratie eerst een gelijke verrekensleutel bij een verrekenbeding van aanwinsten, met totale verrekenmassa van 1000 waarvan 700 op naam van de man en 300 op naam van de vrouw. De vrouw heeft een vordering van 350 op de man en de man een vordering van 150 op de vrouw.

Ingevolge compensatie heeft de vrouw nog een vordering van 200 op de man. Dit komt overeen met toepassing van de gelijke verreken sleutel op het verschil der aanwinsten ($400/2 = 200$). Dit komt ook overeen met toepassing van de gelijke verreken sleutel op de totale massa: de vrouw heeft recht op 500, heeft al 300 en derhalve nog bijkomend recht op 200 via de verreken vordering.

Passen wij nu op hetzelfde geval een verreken sleutel van 10 % toe. Toegepast op de wederzijdse aanwinsten krijgt de man een vordering van 30 op de vrouw en de vrouw een vordering van 70 op de man, zodat de vrouw ingevolge compensatie een vordering heeft van 40. Hetzelfde resultaat wordt bekomen door toepassing van de verreken sleutel op het verschil der aanwinsten ($400/10 = 40$). Geheel anders is het resultaat indien de sleutel wordt toegepast op de totale verreken massa. Dan heeft de vrouw recht op 100, zodat zij geen vordering bekomt vermits zij al 300 heeft. Slechts indien de aanwinsten van de vrouw in het genoemde voorbeeld minder zijn dan 100, zal zij voor het saldo tot 100 over een vordering op haar man beschikken.

Bij afwijking van de gelijke verreken sleutel zal men dus zeer precies moeten bepalen wat men bedoelt. Vaak is het handig om te werken met minima en maxima, en correcties allerhande.³⁴ Zo kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de verreken sleutel de helft is, maar gecapt op 10 % van de totale verreken massa. In voornoemd eerste voorbeeld zal de vordering van de vrouw van 200 dan worden gecapt op 100. Het is ook mogelijk om de 'cap' mee te laten met de duur van het huwelijk, en er bijvoorbeeld elk jaar 2 % aan toe te voegen.

419. Verrekentijdstip – De verrekening kan periodiek of finaal zijn. Periodiek betekent dat men bijvoorbeeld jaarlijks zou kunnen overgaan tot het vaststellen en uitvoeren van een vordering tussen de echtgenoten. De Nederlandse praktijk heeft daarmee ronduit slechte ervaringen. Daarom wordt meestal een finale verrekening verkozen, bij de ontbinding van het stelsel.

Het is aangewezen om de regeling te differentiëren tussen de hypothesen van echtscheiding en overlijden. Men is tot meer verrekening bereid bij overlijden dan bij echtscheiding. Voor de situatie van overlijden is het ook een mogelijkheid om aan het verreken beding een soort van verblijvingsbeding te koppelen dat er in bestaat dat de totaliteit van de verreken massa in waarde toekomt aan de langstlevende echtgenoot, onder aftrek van de goederen op zijn naam (het 100/0-beding).

34. Voor een grondige analyse, zie A. VERBEKE, *Civil- en fiscaalrechtelijke bedenkingen bij het finaal verrekeningsbeding en het alsofbeding in het huwelijkscontract van scheiding van goederen*, in *Liber amicorum Prof. Dillemans*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 440-445.

Om pijnlijke en lange discussies te vermijden wordt voor de hypothese van echtscheiding soms gebruik gemaakt van een forfaitaire compensatieclausule waarbij bv. de beroepsactieve echtgenoot aan de thuiswerkende partner een vast bedrag verschuldigd is bij echtscheiding (ook wel genoemd de koe-clausule³⁵). Dit bedrag kan worden geïndexeerd of kan ook mee-evolueren met de duur van het huwelijk.

420. Verrekenmodaliteiten – Naast klassieke modaliteiten zoals afbetalingsregeling, verjaring, mogelijkheid tot betaling in natura, moet de mogelijkheid worden benadrukt om de verrekening, voor het geval van ontbinding door overlijden, optioneel of facultatief te bedingen. Aan de langstlevende echtgenoot wordt dan een keuze geboden om al dan niet tot verrekening over te gaan. Zoals bij elk keuzebeding moet worden gewaakt over een nauwkeurige formulering van de clausule. Al te vaak leidt slordigheid hieromtrent tot problemen met erfgenamen. Dit optionele karakter van het verreken beding in geval van overlijden biedt interessante perspectieven op het vlak van de successierechten.³⁶

421. Conclusie – Het huwelijkscontract van scheiding van goederen met verreken beding voor de aanwinsten bij echtscheiding biedt een goede oplossing voor de bijzondere wensen van handelaars. Een dergelijk contract beschermt én tegen overdreven verhaalsmogelijkheden van beroepsschuldeisers én tegen een onfaire regeling tussen de echtgenoten in geval van echtscheiding. Economisch komt het via de verreken vordering dicht in de buurt van ons wettelijk stelsel van gemeenschap van aanwinsten, dat zoals uitgelegd, een evenwichtige balans realiseert tussen de solidariteit en autonomie die elk huwelijk kenmerkt.

35. Naar de aanstaande echtgenote wiens eerste reactie op deze clausule was dat zij geen koe was waarop je een prijs kon zetten. Gelet op de hoogte van de bedragen in het concrete geval, heeft deze dame evenwel het koe-gevoel opzij gezet en eieren voor haar jawoord gekozen.

36. A. VERBEKE, 'Finaal verreken beding', *Nieuwsbrief Successierechten*, 2001, 11/4.